IV. CONGRESSO INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA
BOLOGNA — APRILE 1911

IL PROBLEMA DELLE ORIGINI DEL DIRITTO



1. Intendendo per diritto la norma giuridica positiva, il problema delle origini di esso è stato posto in tre modi, in ciascuno de' quali si è dato alla parola *origine* un diverso significato. Si è inteso per origine del diritto positivo la sua giustificazione in una norma eticamente superiore, e si è chiesto come la norma positiva derivi o abbia origine da quella superiore norma etica. Si è ancora inteso per origine del diritto positivo la sua comprensione in una norma etica più generale, e si è domandato come dalla norma più generale tragga origine la più speciale. Infine si è designato col termine origine la causa storica del diritto positivo, che si è ravvisata nella volontà che stabilisce la norma, ne' motivi che tale volontà determinano, nelle circostanze che la condizionano e la modificano.

Nel primo degli accennati sensi, la parola origine designa il valore superiore, che divien norma e criterio apprezzativo del valore inferiore. Nel secondo senso essa significa il concetto più generale che abbraccia in sè il più speciale.

Nell'un caso, col termine origine si esprime un rapporto metafisico; nell'altro, un rapporto logico. Se non che, essendo il significato prossimo della parola origine quello di nascimento e quindi di genesi naturale o storica, ogni qual volta il termine stesso viene adoperato a designare un rapporto metafisico, logico o deontologico, si è tratti anche inconsapevolmente a considerare i rapporti metafisici, logici e deontologici come rapporti genetici, naturali o storici. Da

ciò la grande difficoltà di sceverare, ne' filosofi e ne' trattatisti, che trattarono delle origini del diritto senza chiarire il senso che essi intendevano dare alla parola origine, i varî aspetti del loro pensiero, la diversa natura de' quali (metafisica o etica, logica o storica) è stata coperta e quasi mascherata dall'uso ambiguo e non univoco del termine origine.

2. Nell'ordine giuridico, è la norma obbiettiva quella che conferisce valore alla pretesa subbiettiva del singolo. Ora il rapporto tra l'esigenza etica e la norma positiva, che a quella si vuole soddisfaccia, è stato concepito *sub specie juris,* a similitudine del rapporto tra la norma positiva e la pretesa del singolo.

Come la legge positiva dà valore al diritto del cittadino, così la legge etica, il Bene, l'Assoluto dànno valore alla norma positiva. Questo rapporto di *conferimento di valore* è un rapporto etico o deontologico, quando il valore primo ed il derivato si assumano come per sè stanti; quando poi il valore primo si riponga in una entità reale, in un essere per sè buono, il rapporto stesso è anche metafisico. Si può riporre il valore primo nella volontà divina o nell'umana.

Nel primo caso Dio è l'origine della legge umana, non in quanto è la causa del precetto contenuto nella norma, ma in quanto rende questa moralmente obbligatoria, in quanto le conferisce la *vim obligandi in foro conscientiae.* Nel secondo caso l'uomo o la collettività umana o la maggioranza di essa sono l'origine della norma positiva, in quanto questa è l'espressione legittima della volontà umana, perchè è stata voluta dalla maggioranza de' cittadini. Così il termine origine si assume in senso deontologico e metafisico e non in senso causalistico, naturale e storico.

La dottrina tipica del primo caso è quella di San Tom- (S. T. 1.a 2.ae, q. XCV. art. 2), che alla questione *de origine legis humanae,* risponde che *lex humanitus posita intantum habet de virtute legis inquantum a lege naturae derivatur*, e che *inquantum habet de justitia, intantum habet de virtute legis.* E poichè la *lex naturalis* è la stessa *lex aeterna* in quanto è partecipata dalla creatura umana (ib., q. XCI, art. 2), e la *lex aeterna* è la *summa ratio in Deo existens* (ib., q. XCII, art. 1), ne segue che origine prima della legge positiva, in senso deontologico e metafisico, sia Dio.

La dottrina tipica del secondo caso è quella del Rousseau, il quale, pur riponendo in Dio l'origine ultima delle leggi, definisce queste come *actes de la volonté générale,* che è *toujours droite* (Contr. soc. l. 2, c. 6). Le leggi

dunque hanno la loro origine nella volontà generale, cioè nella volontà della maggioranza de' cittadini consociati, non nel senso che non possano venir dettate da altri che dalla maggioranza, ma nel senso che solo quando emanino dalla volontà della maggioranza esse sono giuste e moralmente obbligatorie. Così la maggioranza de' cittadini è, in senso deontologico e metafisico, l'origine della legge positiva.

Se non che, appunto per il significato causalistico che ha il termine origine e che mal si riesce a distaccare da esso, è comune ne' seguaci della dottrina teologica ed in quelli della dottrina della sovranità popolare la tendenza a concepire Dio o la maggioranza del popolo quasi come mandanti e quindi come primi autori, in senso causalistico, della norma positiva.

3. La norma positiva è un comando, e quindi una volizione, e, come ogni volizione, presuppone ed implica un concetto. Essa può quindi venir considerata sotto il solo aspetto del concetto, che in sè racchiude. I concetti si classificano gerarchicamente secondo la loro comprensione logica, subordinando il più speciale al più generale; ciò avviene naturalmente anche per i concetti della dogmatica giuridica, che si riducono tutti al generale concetto del diritto. Questo rapporto di subordinazione logica de' concetti più speciali a' più generali è stato concepito come un rapporto di derivazione di quelli da questi, ed in questi è stata ravvisata l'*origine razionale* del diritto. Perciò concetti o puramente giuridici, come il *contratto,* o comuni all'etica e al diritto, come l'*obbligazione,* sono stati assunti come concetti supremi ed originari, da' quali, con un processo di deduzione logica, analogo a quello che ha luogo nella dogmatica giuridica, si potessero derivare i concetti de' singoli istituti giuridici. Ma la deduzione non è genesi, e il principio dal quale si deduce non può che impropriamente dirsi origine del principio dedotto. A mo' d'esempio, in Kant (*Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*, § 16) la derivazione del diritto del singolo a possedere dalla *communio fundi originaria* (la quale è un concetto e non un fatto, come sarebbe invece l'ipotetica *communio primaeva;* v. ib. § 13) è una derivazione puramente logica e non presuppone alcun positivo atto giuridico *(keinen rechtlichen Akt voraussetzt).* Tuttavia al termine *originario* si associa così spontaneamente il concetto di atto o di fatto, che Kant insiste espressamente per evitare la confusione dell'ordine logico con l'ordine storico. Ed è questo un altro equivoco, che proviene dall'usare la parola origine in senso diverso dal causalistico.

4. Il significato più proprio del termine origine è quello di *nascimento;* esso esprime un rapporto di *causalità genetica.* E poichè la norma giuridica è essenzialmente un *comando*, e quindi una *volizione,* la sua origine si identifica con la sua causa genetica e cioè con la *volontà.* Quindi il problema delle origini del diritto è il problema della ricerca della volontà autrice della norma.

Il problema può esser posto in astratto ed in concreto. In astratto, esso è posto ed insieme risoluto quando si afferma che *la* volontà è l'origine *della* norma. Che quella volontà sia di un uomo o di una collettività, di una maggioranza o di una minoranza, ciò per il problema astratto non rileva. Invece rileva il ricercare se la volontà sia causa prima ed unica della norma; se causa prima sia il motivo della volontà; se insieme con la volontà agiscano come cause l'ambiente sociale, le circostanze storiche, etc. Tutte queste sono questioni proprie della psicologia e della filosofia generale, e non della sola filosofia del diritto, benchè quest'ultima non possa prescinderne. Noi pensiamo che volontà e motivo siano elementi inscindibili, e non vi abbia quindi tra loro questione di priorità. Pensiamo anche doversi profondamente distinguere tra *causa* e *condizioni;* tra il *propter hoc* da una parte ed il *cum hoc*, il *sine hoc* ed il *post hoc* dall'altra, e ciò secondo i canoni più fondamentali della logica. La volontà del legislatore è la causa della legge; essa è determinata, vale a dire circoscritta, da più o meno numerose condizioni, quali lo stato della società, i bisogni e le aspirazioni del popolo o di una parte di esso, la legislazione vigente. Quest'ultima è una *condizione* della legge nuova, che viene a modificarla, e condizioni sono del pari l'ambiente, i bisogni, le aspirazioni, etc: tutte cose delle quali il legislatore può tener conto fino ad un certo segno, o anche, di fatto, non tener conto del tutto.

Se la legge precedente (diciamo *legge* e non semplicemente *norma,* perchè la legge, come volontà *espressa* dell'imperante, è la norma giuridica per eccellenza; ma si intende che ciò che è quì detto della legge vale anche per la *consuetudine*, che è pure *norma riconosciuta* e quindi *tacitamente voluta* dallo stesso potere imperante) è solo una condizione della legge susseguente, che ha la sua causa nella volontà più o meno autonoma del legislatore, la ricerca delle legislazioni primitive non può avere altro interesse se non quello di conoscere le condizioni primitive della società umana. Interesse scientifico considerevole, poichè tutto che abbia attinenza con l'uomo e con la specie

umana, anche per i periodi di infima cultura, è degno di ricerca e di esame. Ma all'interesse scientifico non è pari il filosofico. Ogni atto di volontà è una creazione nuova, che non si risolve interamente ne' suoi antecedenti e quindi con questi esaurientemente non si spiega. Ciò vale naturalmente anche per la volontà del legislatore.

Anche a prescindere dal lungo intervallo decorso dall'umanità primitiva alla civiltà odierna, la storia delle umane leggi e de' tentativi di legislazione, come la storia di tutti i fatti veramente umani, non è un processo fatale anzi è un seguito di sforzi più o meno vittoriosi contro fatali ostacoli. Il lavoro legislativo è, in maggiore o minor grado, opera di libertà spirituale. Ciò che gli sta innanzi, compresovi la legislazione vigente, o gli è strumento o gli è limite ed impaccio; in ogni caso è per esso *materia*, che esige una nuova *forma*. Quindi il conoscere la legislazione primitiva dell'umanità potrà avere importanza materiale, non mai formale e quindi filosofica.

5. Ma la conoscenza della storicamente prima legislazione o struttura giuridica della società umana è forse possibile? Si potrebbe senz'altro rispondere di no, considerando che la storia non può farsi che in base a' documenti e ai monumenti, e documenti e monumenti non si producono se non in uno stadio di cultura relativamente avanzata, epperò dopo un lungo sviluppo sociale ed anche giuridico. Ora che cosa può insegnarci la preistoria sulla struttura sociale e giuridica de' gruppi umani primitivi? Prescindiamo pure dalle forti divergenze di opinione de' preisterici e degli antropologi sull'unità o pluralità della specie umana, sulla cronologia assoluta e relativa delle apparizioni dell'uomo in determinati punti del globo, sull'interpretazione del significato e dell'uso degli antichissimi umani relitti. Un sistema di relazioni etiche e sociali, per quanto semplice e rozzo, è qualcosa di così spirituale e delicato, che mai potrà venir indotto dal semplice esame di armi, utensili, ornamenti, avanzi di cucina e simili.

Coloro i quali ritennero necessario alla filosofia del diritto aver conoscenza delle condizioni sociali e giuridiche dell'umanità primitiva, seguirono all'uopo due vie. I giusnaturalisti ed in genere que' filosofi che manifestarono la tendenza a raffigurare sotto le forme di sviluppo storico la distinzione de' momenti psicologici dell'apparire dell'idea del diritto o l'ordine logico e deontologico de' concetti etici e giuridici, concepirono que' momenti o que' concetti come fatti succedentisi nel tempo e nello spazio. E quelli tra essi che ritenevano storico il racconto del Genesi, cercarono

negli scarsissimi accenni della narrazione biblica alla fondazione delle prime città umane un primo fondo storico, che essi poi completarono con fantastiche congetture, guidati generalmente da presupposti delle proprie opinioni filosofiche. Ma anche scrittori recenti e positivisti, nel foggiarsi uno schema astratto di sviluppo della primitiva società umana non seguirono un metodo troppo diverso, emettendo ipotesi non suffragate da elementi di fatto. Citiamo, fra coloro che sono venuti in maggior fama, l'Ardigò (v. *Sociologia* nel IV volume delle Opere filosofiche) ed il compianto Fragapane (v. *Il problema delle origini del diritto* specialmente a pag. 236).

Ora è chiaro che non vi hanno due storie: quella dei fatti realmente accaduti o che si può supporre, con maggiore o minore probabilità, siano realmente accaduti; e quella de' fatti che avrebbero dovuto accadere, secondo certe leggi astratte. La storia è la scienza concreta per eccellenza; essa non ammette ipotesi che in via provvisoria o sussidiaria e ne' limiti dello stretto necessario.

Un grado maggiore di approssimazione alla verità storica che non le astrazioni ideologiche o psicologiche, rappresenta certamente l'etnologia, alla quale è stato da filosofi positivisti come il Vanni (v. *Problemi di filosofia sociale e giuridica*, pag. 170) attribuito il compito di dar lumi sulle prime manifestazioni de' rapporti giuridici nella società umana. L'etnologia può ridursi alla storia, chè vi ha una storia de' cosiddetti popoli inferiori, come vi ha delle specie animali e vegetali, della terra e del cosmo. La forma puramente descrittiva, che l'etnologia riveste, deriva per lo più dalla grande difficoltà di seguire, per insufficienza di documenti, le vicende storiche delle società di bassa o infima cultura. Ma che l'etnologia possa surrogare la protostoria, od offrirci, come pensava il Post, l'idea di altrettante fasi di sviluppo della civiltà generale, è opinione già efficacemente combattuta ed omai del tutto sfatata. La storia non si ripete, nè segue un ritmo; essa è libertà o tendenza verso la libertà, e malgrado la sempre identica costituzione psicologica dell'essere umano, la quale non basta a dar ragione delle multiformi manifestazioni sociali, è differenziazione e specificazione all'infinito. La semplicità dell'etnologia rispetto alla complicazione della storia propriamente detta non è la semplicità del germe in confronto della complessità dell'organismo adulto. L'etnologia abbraccia un mondo inferiore a quello della storia della civiltà, benchè le caratteristiche psicologiche fondamentali dell'umanità si rilevino nella prima come nella seconda.

Il passaggio dalla società che è studiata dall'etnologia a quella che è materia di storia *stricto sensu*, è segnato da una somma di sforzi volitivi spontanei e quindi non deducibili da leggi prestabilite. E poichè la volontà non ha la sua ragion d'essere nelle esterne condizioni che la determinano, nè la storia nè il diritto, che è fatto eminentemente storico, possono avere le loro origini nell'etnologia.

La conclusione di queste nostre osservazioni è che il problema delle origini del diritto non deve esser confuso col problema del valore etico o del contenuto concettuale del diritto, nè con quello, che sarebbe puramente storico, benchè dalla storia non sia risolubile, che si propone di accertare quali siano state le prime manifestazioni degli ordinamenti giuridici.

Il problema delle origini del diritto è puramente psicologico, e si risolve riducendo la norma giuridica ad un atto di volizione e riponendone quindi l'origine nella stessa volontà umana.

ANTONIO PAGANO

Libero docente di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma.

